

Ato Antijurídico e Responsabilidade Civil Aquiliana: Crítica à Luz do Novo Código Civil

Francisco Vieira Lima Neto

Sumário: 1. Introdução. O novo Código Civil e a responsabilidade civil como contraponto da autonomia privada. 2. Liberdade e responsabilidade civil. 3. Responsabilidade civil e seus elementos essenciais. 3.1 A ação voluntária. 3.2. A culpa. 3.3. O dano: lesão ao patrimônio e lesão à personalidade. 3.3.1 O dano patrimonial. 3.3.2. O dano moral. 3.3.3. O elemento punitivo do dano (punitive damages). 3.3.4. O dano social. 3.4. A relação de causa e efeito entre ação e dano. 3.4.1. Excludentes de causalidade. 3.4.2. A tutela externa do crédito. 4. A ilicitude. 4.1 Culpa e ilicitude na teoria dos fatores de atribuição. 5. A cláusula geral da responsabilidade objetiva. 6. A responsabilidade civil objetiva e as pessoas jurídicas privadas prestadoras de serviços públicos. 7. Conclusões.

1. Introdução. O novo Código Civil e a responsabilidade civil como contraponto da autonomia privada.

É voz corrente na doutrina nacional que o novo código civil brasileiro não inseriu no sistema jurídico brasileiro grandes inovações que o adjetivassem como um diploma revolucionário que provocasse abalos no universo do Direito. Se refletirmos bem, parece ser de fato esse o papel de uma codificação civil: apenas consolidar as instituições jurídicas que já existiam antes dele nascer, evitando mudanças de ordem estrutural e que não estejam conectadas com o cotidiano das relações intersubjetivas.

É correto afirmar, todavia, que algumas idéias novas foram insertas no Direito Civil pelo *codex*, das quais se destacam aquelas referentes à Responsabilidade Civil e sobre as quais nos arriscamos a discorrer neste trabalho.

Advertimos, porém, que o presente artigo não tem a pretensão de formular teses de doutrina civil ou aprofundar a investigação científica a respeito de algumas novidades que o novo código civil inseriu no campo da autonomia privada, do ato ilícito e da

obrigação de indenizar dele decorrente, mas apenas salientar os elementos essenciais da responsabilidade extracontratual no sistema jurídico brasileiro e tentar estabelecer a relação que possa existir entre o exercício da liberdade e ônus de ressarcir a vítima quando a ação livre violar um bem amparado pelo ordenamento jurídico.

Como passo inicial, cabe avaliar o papel da autonomia privada. É neste sentido que primeiramente constatamos estarmos a vivenciar tempos pós-modernos¹ cujo palco é, segundo os

¹ Vale uma nota sobre esse termo, dada a sua vulgarização em parte da doutrina atual. Segundo Jair Ferreira Santos (*O que é pós-moderno*, 10 ed. Brasília: Brasiliense, 1991, p. 10/11), pós-modernismo é o nome que se convencionou dar às mudanças que, a partir de 1950, ocorreram no campo das artes e das ciências nas sociedades avançadas, nascendo na arquitetura e na computação nos anos 50, tomando corpo com a arte pop na década de 60 e atingindo a filosofia no decênio seguinte. Para Perry Anderson o termo *pós-modernismo* foi utilizado pela primeira vez por Frederico de Onís, na obra *Antologia de la poesía española e hispanoamericana (1882-1932)*, livro publicado em Madrid, em 1934. Mais tarde, em 1954, o termo surgiu no mundo anglo-americano como análise da sociedade, no oitavo volume da obra de Arnold Tonybee intitulada *Study of History*; o termo pós-moderno foi também adotado em 1951 por Charles Olson em *The Complete Correspondence*, volume 7, na qual foram reproduzidas as cartas que enviou a Robert Creeley, datadas de 09/08/51 a 03/10/51. Na última carta, denominada "A Lei", Olson afirma que a explosão da bomba atômica encerar a idade moderna: "*bem recentemente, uma porta se fechou com estrondo; a bioquímica é pós-moderna; e a eletrônica já é uma ciência da comunicação e o 'humano' já é a 'imagem' da máquina de computar*". Importante manifestação da pós-modernidade em seus momentos iniciais se deu na área da arquitetura, com o manifesto "*Aprendendo com Las Vegas*", lançado em 1972 por Robert Venturi, Denise Scott Brown e Steven Izenour, livro que se constituiu em ataque incoerente ao modernismo. Todavia, essa nova estética ainda não havia recebido o nome de pós-moderno, o que só veio a ocorrer em 1974, quando Robert Stern, aluno de Venturi, publicou *Language of Post-modern Architecture* e fez o termo *pós-moderno* ingressar no universo da arte em Nova Iorque. No campo da filosofia, a primeira obra a se ocupar da noção de pós-modernidade foi o conhecido livro "*A condição pós-moderna*", de Jean-François Lyotard, publicado em Paris no outono de 1979 no qual o autor conclui que o nascimento da pós-modernidade está ligado ao surgimento de uma sociedade pós-industrial na qual o conhecimento apresenta-se como a principal força econômica de produção, com a ciência tendo perdido seu posto de império sobre as outras formas de conhecimento, sendo agora concebida como um jogo de linguagem dentre tantos outros. Essa obra teve o mérito de ser a primeira a abordar "*a pós-modernidade como uma mudança geral na condição humana*". Um ano depois da publicação de *A condição pós-moderna*, ao receber em Frankfurt o prêmio Adorno dado por aquela cidade, Jürgen Habermas

sociólogos contemporâneos, uma sociedade pós-industrial, hiper-complexa, multifacetada, marcada pelo retorno ao sentimento e ao individualismo nas soluções, pela tópica e pela crise dos sistemas, cética quanto aos benefícios da ciência e à capacidade do Direito para resolução de problemas, mundializada, globalizada, e que valoriza os serviços, o lazer, o transitório².

Contudo, paradoxalmente, essa mesma sociedade contemporânea e fractal se por um aspecto se mostra globalizada, por outro é insuflada por movimentos regionalistas e étnicos locais, é carente de valores compartilhados, e sua atividade política parece estar dominada por grupos de pressão³. Alguns dos conceitos, valores e instituições formulados na Idade Moderna e herdeiros dos ideais da Revolução Francesa passam a ser questionados, criticados, rompidos.

Vive-se a época do pluralismo, da comunicação, da narração, ao mesmo tempo em que a era da incerteza⁴, da insegurança, da reconstrução, do pontual, na qual nenhum conceito ou ideal goza do *status* de sagrado e nem escapa ao movimento de desregulamentação.

preferiu o discurso “*Modernidade – Um projeto incompleto*”, fornecendo um forte contraponto e crítica à idéia de *pós-modernidade*, o que contribuiu decisivamente para inserir a noção de pós-moderno definitivamente no cenário mundial. (ANDERSON, Perry. *As origens da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999).

² Cláudia Lima Marques, *Contratos no código de defesa do consumidor*, 3ª ed, Ed. RT, 1999, p.92/95.

³ Boaventura de Sousa Santos, analisando essa contradição entre globalização e localização afirma que “*o tempo presente surge-nos como dominado por um movimento dialético em cujo seio os processos de globalização ocorrem de par com processos de localização*”. Ao mesmo tempo em que as relações sociais experimentam uma desterritorialização fruto de interações globais, surgem novas identidades regionais, locais e nacionais. (Boaventura de Sousa Santos, em *A globalização e as ciências sociais*, 2ª ed, Ed. Cortez, São Paulo, 2002, p. 54)

⁴ Maria Celina Bodin de Moraes, *Constituição e direito civil: tendências*, em Revista Direito, Estado e Sociedade, Ed. Departamento de Direito da PUC/RJ, nº 15, 2000, p. 12.

O muro de Berlim caiu, o socialismo real mostrou sua face autoritária e incompetente e faleceu; o Estado Social está agonizante, os direitos sociais estão em risco de morte - e eu também não me sinto muito bem.

É o momento da desconstrução – na expressão cunhada pelo filósofo Jacques Derrida⁵ - e a própria noção de pessoa não está isenta de ser questionada, investigada, desconstruída e, quem sabe reconstruída; é a idade da incerteza em contraposição ao tempo da segurança do Século XIX e início do Século XX⁶.

Nada obstante, parece correto afirmar que permanece sem grandes contestações e se valoriza nessa sociedade um dos elementos essenciais ao ser humano, com o qual foi elaborado: a liberdade; segundo Jean Paul Sartre, aliás, o ser humano ontologicamente *não possui liberdade*, ele *é liberdade* em essência; *“assim, minha liberdade está perpetuamente em questão em meu ser; não se trata de uma qualidade sobreposta ou uma propriedade de minha natureza; é precisamente a textura de meu ser”*.⁷

⁵ *Introduction à L'Origine de la géométrie* d'Edmund Husserl. Paris: PUF, 1962 (cf. Husserl, *Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendente Phänomenologie*, ed. Walter Biemel, Amsterdam: M. Nijhoff, *Husserliana* vol. 6, 1954; pp. 365-386).

⁶ Para Antônio Junqueira de Azevedo, a pós-modernidade tem como nota marcante a *hipercomplexidade*, que no caso do Direito se manifesta como multiplicidade de fontes em oposição ao monismo estatal, a *interação*, haja vista que um grande grupo de consumidores não aceita mais a posição passiva de adquirente de produtos massificados, exigindo bens e serviços que possuam, em alguma medida, elementos por ele escolhidos, sendo possível notar que no campo jurídico esse sinal distintivo se concretiza na tese de que tudo é negociável, até a Constituição e as leis, em contraposição à concepção hierárquica que antes vigorava; a *crise da razão*, com o abandono da até então incontestável dicotomia realidade/aparência e as teorias da desconstrução e do neopragmatismo; a *justaposição das diversidades e a ausência de valores compartilhados*, o que revela uma sociedade formada por grupos, cada qual com seus valores, pleiteando uma norma ou lei especial para si. AZEVEDO, Antônio Junqueira. *O direito pós-moderno e a codificação*. In *Revista da Faculdade de Direito da USP*, Vol. 94. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1999, p. 4.

⁷ *Em O ser e o nada*, Ed. Vozes, Petrópolis, 1999, p. 542/543.

Ao contrário de perder importância na sociedade da incerteza, a liberdade se afirma e supera os obstáculos que a impedem de florescer, especialmente com o fim dos governos totalitários e a consagração da democracia fundada no sufrágio universal como regime político preferido pelos povos desenvolvidos⁸.

Essa vinculação intrínseca e visceral do homem com a liberdade se manifesta nas mais diversas doutrinas, religiões, filosofias; é o livre arbítrio dos cristãos, e está nas preocupações de Rousseau, para quem *o homem nasce livre, embora viva aprisionado*.⁹

2. Liberdade e responsabilidade civil

No Direito essa nota marcante do ser humano se concretiza no reconhecimento das liberdades públicas, dentre as quais desponta a de ir e vir (que incluir o direito de permanecer), de manifestação do pensar (o livre pensar e a possibilidade de tornar público o resultado do pensamento), de credo e, na esfera do Direito Privado, no poder que se reconhece à vontade livre de criar direitos subjetivos, base do *negócio jurídico*, categoria tão preciosa ao nosso atual Código Civil, ainda que datada e, por se pretender globalizante, esteja também em crise.

Valorizada a liberdade na esfera privada, surge, todavia, como seu contraponto, como o outro lado da moeda, a necessidade de se estabelecer limites a essa liberdade, ao livre arbítrio humano, e é preciso prever o que ocorrerá quando, a despeito das

⁸ Ouso dizer que as ditaduras estão “fora de moda”, são monstros extintos, embora isso não signifique dizer que as desigualdades sociais se atenuaram – ao contrário, se agravaram – e que o poder econômico não tente assumir o lugar do ditador militar.

⁹ Jean-Jacques Rousseau, em *O contrato social*, ed. Europa América. Mens Martins, Portugal, 1981, p. 11.

precauções adotadas, a pessoa humana, no exercício da sua liberdade, vier a causar dano a outrem ou ao grupo social.¹⁰

Desponta aqui então a Responsabilidade, andando lado a lado com a liberdade¹¹, seja na esfera civil, penal, administrativa, e que se conceitua como “*o dever de indenizar o dano, que surge sempre quando alguém deixa de cumprir um preceito estabelecido num contrato, ou quando deixa de observar o sistema normativo que rege a vida do cidadão*”.¹²

José de Aguiar Dias abre sua obra clássica afirmando que “*toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade*”;¹³ e cita Marton, para quem “*a responsabilidade não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, antes se liga a todos os domínios da vida social*”.¹⁴

É seguro dizer, de fato, que a Responsabilidade Civil perpassa todas as áreas do conhecimento jurídico, estando presente no direito processual, no direito penal, do trabalho, tributário, administrativo, constitucional; no entanto, malgrado seu caráter expansionista e o fato de ser um instituto jurídico que seduz e ingressa facilmente em todos os ramos da ciência jurídica, seu lugar de nascimento é o Direito Civil, esse ramo do fenômeno

¹⁰ Dispõe o art. 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão *voluntária*, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

¹¹ Evidentemente, essa noção se encaixa com perfeição apenas nas relações privadas, quando há sentido em falar na liberdade das pessoas naturais e na liberdade e ação das pessoas naturais por detrás das pessoas jurídicas privadas, pois não nos parece adequado falar em liberdade no desempenho de atividades estatais, vez que o Estado não age por vontade e no exercício de liberdade, mas simplesmente cumpre um dever legal de atuar que a sociedade lhe impôs por meio da lei.

¹² Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *Direito civil: estudos*, Ed. Del Rey. Belo Horizonte, 2001, p. 265.

¹³ José de Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil*, 9ª ed., Ed. Forense: Rio de Janeiro, 1994, p. 1.

¹⁴ José de Aguiar Dias, 1994, p. 2.

jurídico que sustenta todo o sistema de Direito, e de onde devem ser extraídos seus elementos essenciais. Só assim poderemos - pelos menos uma tentativa nesta sociedade de poucas certezas e de insegurança e de desconfiança em relação a conceitos rígidos e abstratos - compreender em que circunstâncias a responsabilidade surge e quais suas conseqüências jurídicas.

Não existe diferença na essência entre a responsabilidade civil e a penal, provindo ambas de um fato jurídico: a violação de um dever jurídico. A diferença está na diversidade dos efeitos que são lançados sobre o agente: pena restritiva de direitos no caso do direito criminal e pena de reparação do dano causado no caso do direito civil.

E idêntica afirmação pode ser lançada no que se refere à grande divisão da responsabilidade civil: *contratual* e *extracontratual* (ou *negocial* e *extranegocial*)¹⁵.

Na primeira o agente viola um dever estabelecido em um contrato que firmara com a vítima, vale dizer, ele descumpre cláusula contratual e se torna inadimplente¹⁶.

Na extracontratual, também chamada de aquiliana¹⁷, também acontece violação de um dever jurídico, porém estabelecido na

¹⁵ Considerando que pode ocorrer responsabilidade nos negócios jurídicos bilaterais e unilaterais e não apenas no contrato - que é apenas uma espécie de negócios jurídicos bilaterais - julga-se mais correto classificar a responsabilidade civil em negocial e não-negocial (ou extra-negocial). A tradição, no entanto, é pela divisão em contratual e extracontratual, adotando como critério de classificação o contrato, o que o supervaloriza injustificadamente - segundo os críticos.

¹⁶ E aqui não se diferencia a mora (inadimplemento relativo) do inadimplemento em sentido estrito (inadimplemento absoluto) conforme art. 397 do Código Civil.

¹⁷ O termo tem sua origem na *lex Aquilia de damno*, da Roma do século III A.C. que visava a punir o *damnum iniuria datum*, sendo *iniuria* "a ofensa de qualquer espécie, física ou moral, feita a uma pessoa, contra o direito". (Alexandre Correia & Gaetano Sciascia, *Manual de direito romano*, 5ª ed., Ed. Livros Cadernos, Rio de Janeiro, p. 226). A *lex Aquilia*, que se originou de um plebiscito proposto pelo tribuno Aquílio, foi tendo seus limites de aplicação

lei, de forma expressa como um comando de proibição ou de imposição de uma conduta, ou estabelecido por uma norma social ou técnica de comportamento desejável (como se comportaria o bom pai de família), vale dizer, um modelo de se conduzir que, se não observado, revelaria imprudência, negligência ou imperícia por parte do agente (culpa em sentido estrito) ou mesmo a sua intenção de deliberadamente causar dano (dolo).

Se no Século XIX diante de um acidente e de um dano, as pessoas olhavam a vítima como azarada, que teve a sorte como sua inimiga naquele evento danoso, modernamente parece que o sentimento que paira no meio social é o de reparar sempre, tentando encontrar o autor do dano, melhor dizendo, o responsável pela reparação do prejuízo. Nada obstante essa mudança na forma de conceber as conseqüências de um ato danoso, procurando proteger a vítima, a regra, a meu ver, é a não indenização.

Deveras, se tomarmos em conta todos os atos jurídicos que praticamos até hoje em nossa vida, é certo que constaremos que nenhum deles resultou em atribuição de responsabilidade, nenhum deles gerou a obrigação de indenizar a quem quer que seja.

E realmente isso acontece porque *a regra dos atos cotidianos é não indenizar*, sendo *a indenização uma exceção* que se concretiza somente quando estão presentes certos elementos bem precisos, os quais estão estabelecidos no art. 186 do Código

ampliados pelos pretores e juriconsultos até alcançar um conceito amplo de dano, que passou a ter como objeto tanto uma coisa corpórea quanto uma incorpórea, com que a noção de prejuízo atingiu um caráter geral e extracontratual (Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade civil*, 9ª ed, Forense, Rio de Janeiro, 2001, p. 4).

Civil, dispositivo que deve ser analisado combinando-o com o art. 927 do mesmo diploma, o qual trata da reparação.

3. Responsabilidade civil e seus elementos essenciais

Esses elementos são os tijolos que constroem a figura jurídica denominada *ato ilícito*, que é o fundamento da Responsabilidade Civil; são eles: ação voluntária culposa, dano, nexo de causa e efeito entre ação e o dano, e por fim a ilicitude. Vejamos detalhadamente alguns aspectos desses elementos.

3.1 A ação voluntária

O primeiro elemento é uma ação (ou omissão) voluntária, de maneira que se um veículo é jogado por outro contra um terceiro, o motorista daquele primeiro não é responsável pela reparação dos prejuízos, uma vez que seu carro foi um mero projétil.

Da mesma forma, se determinada pessoa é involuntariamente hipnotizada e em estado de transe, destrói parte do patrimônio de outra, não está obrigada a prestar indenização.

Hoje poderíamos defender que nos casos de relações de consumo e de atos empresariais em geral o mais adequado seria usar a expressão *conduta* e não ação. Em algumas situações o legislador estabelece diferença entre *agente* e *responsável*, como é o caso do art. 943 (sucessores do agente) e do art. 932, do Código Civil.

Neste particular, cabe observar que, embora o art. 932 inciso III, atribua responsabilidade ao empregador por atos praticados por seus empregados, o art. 933 do Código não estabelece a responsabilidade objetiva da empresa empregadora, mas apenas estipula que, provada a culpa do empregado (ônus que cabe à vítima) ela fica obrigada automaticamente a indenizar o prejuízo,

não podendo se isentar alegando que não concorreu com culpa para o ato do seu empregado.

Registre-se, todavia, que se a relação for de consumo ou outra sujeita à responsabilidade objetiva (independentemente da presença de culpa), a vítima não precisará provar a culpa do empregado, de maneira que o dispositivo em comento, no que tange a empregadores, perdeu muito de seu campo de aplicação graças ao Código de Defesa do Consumidor¹⁸.

De fato, na relação de consumo, o ato não é do empregado e sim da empresa (fornecedor), de maneira que não haveria sentido em falar em responsabilidade por ato de terceiro, vez que o empregado é a empresa. Assim, o art. 933 do Código Civil acaba se restringindo a hipóteses tais como a do empregado doméstico, cujo patrão responderia por ato culposo que violasse direito de alguém, desde que no exercício das suas tarefas laborais.

3.2 A culpa

É necessário que a ação – pelo menos na Teoria Subjetiva da Responsabilidade Civil - tenha sido culposa, vale dizer, o ato praticado deve possuir uma qualificação especial, que consiste, em termos subjetivos, na *possibilidade do agente conhecer previamente o dever violado* e mesmo assim decidir praticar o ato que poderia violá-lo, seja porque pretendia causar o prejuízo, seja porque assumiu esse risco, embora não desejasse que o dano ocorresse; e na *possibilidade de cumprir esse dever*, de

¹⁸ Aliás, dada a característica abrangente do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e o fato de que no nosso cotidiano poucas são as relações que não são de consumo, a grande classificação hoje poderia ser *Responsabilidade Civil Regulada pelo CDC* e *Responsabilidade Civil Não-Regulada pelo CDC*.

observá-lo; vale dizer, o agente teria forças suficientes para cumprir o dever jurídico que acabou descumprindo, não há, portanto, culpa se o agente era inimputável.

Neste sentido, *só o ato imputável à alguém enseja a qualificação de ato ilícito*, sendo que *por envolver a idéia de capacidade de discernimento, a imputabilidade torna-se elemento inseparável da culpa*.¹⁹

Por sua vez, em termos objetivos, a culpa é a violação desse dever jurídico preexistente, imposto pela lei ou pelo contrato.

A culpa de qualquer grau (levíssima, leve, grave) leva à responsabilidade civil, porém, conforme parágrafo único do art. 944, do CCB, essa gradação influencia no valor da indenização, salvo se outra lei impuser a reparação efetiva, como parece ser o caso do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor.

Referentemente a ato danoso praticado por incapaz – inclusive o menor de idade – é essencial lembrar que no Direito Civil a imputabilidade não o isenta de pena. Ou seja, se o menor por ato culposo causa prejuízo a alguém, os primeiros a serem chamados a responder são seus representantes legais (pais, em geral), desde que o filho tenha atuado quando em sua companhia e sob sua autoridade, hipótese que configura a *responsabilidade por ato de terceiro* (art. 932 inciso I do CCB); os pais quitarão o débito com seu patrimônio pessoal. Todavia, se os pais não possuírem patrimônio suficiente ou se o menor tiver praticado o ato quando não estava autoridade e companhia daqueles, quem indenizará o lesado será o próprio menor (art. 929 do CCB).

¹⁹ Antonio Lindbergh Montenegro, *Resarcimento de danos pessoais e materiais*, Ed. Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 1999, p. 32.

Ainda no que se relaciona a ato praticado por menor, merece ser salientado que se o dano tiver decorrido de ato considerado infracional, ou seja, crimes ou contravenções penais (art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente), a responsabilidade do menor é direta, devendo ele promover o ressarcimento do prejuízo com seu patrimônio particular (art. 116 do mesmo Estatuto).

3.3 O dano: lesão ao patrimônio e lesão à personalidade

Para configuração da responsabilidade civil é preciso que tenha ocorrido um dano *patrimonial* (material) ou *extrapatrimonial* (moral), afinal, sem prejuízo não há responsabilização e, obviamente, tampouco obrigação de reparação.

Cabe frisar que um mesmo ato pode dar origem a um dano moral e um prejuízo patrimonial²⁰, contando-se os juros de mora devidos pelo agressor desde a data do ato e não da citação em eventual ação judicial movida pela vítima.²¹

3.3.1 O dano patrimonial

Esse dano, no que se refere ao aspecto patrimonial, pode se concretizar como *dano emergente* e/ou *lucro cessante*.

No primeiro tipo de prejuízo, o agente é obrigado a indenizar a vítima na exata medida da diminuição que o seu ato ilícito provocou no patrimônio dela; o *quantum* da pena, portanto, é o valor da redução ocorrida no conjunto de bens do lesado. No

²⁰ Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça: "São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato".

²¹ Art. 398 do Código Civil e Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça.

segundo, apenas aquilo que a vítima *razoavelmente*²² deixou de lucrar.

Cabem aqui duas observações: a primeira, é que de acordo com o art. 944 do Código Civil, que inovou neste aspecto, permanece a regra de que a indenização é igual ao valor do dano sofrido, porém se houver excessiva desproporção entre o grau de culpa e o prejuízo, o juiz poderá reduzir a indenização aplicando a equidade. A nosso ver essa regra se encontra presente também no parágrafo único do art. 928 do CCB, quando o legislador determinou que a indenização deverá ser equitativa.

A segunda observação é no sentido de que em regra geral não existe responsabilidade nos casos do *dano futuro* e ainda *não perceptível*, uma vez que o dano deve ser real, certo e atual; contudo, a doutrina aponta que é indenizável a *perda de uma chance* (perda de oportunidade ou de expectativa), hipótese em que se indeniza não o ganho perdido, mas sim a chance perdida²³. Pode ocorrer quando, por exemplo, um candidato aprovado em primeiro lugar em todas as etapas do concurso de juiz é internado em um hospital e por isso não comparece à última prova porque foi vitimado por ato culposos de A.

²² Observe-se neste particular a importância do Princípio da Razoabilidade que, desenvolvido pela doutrina de Direito Administrativo, passou ao Direito Constitucional (a lei é inconstitucional quando não for razoável e proporcional) e veio a alcançar todas as áreas do universo jurídico. Aqui é justo lembrar, todavia, que na Teoria (Geral) do Direito e no Direito Civil há muito despontara a previsão de que o intérprete deve aplicar a lei com observância da equidade, que seria precisamente a razoabilidade/proporcionalidade, como se pode observar no art. 402, 413, 479, parágrafo único do art. 944, parágrafo único do art. 953, §4º do art. 1.228, §1º do art. 1.694, todos do CCB atual. Para investigação mais aprofundada, consulte-se o recente e interessante artigo *A equidade no código civil brasileiro*, de Francisco dos Santos Amaral Neto, publicado na Revista do Conselho da Justiça Federal, nº 25, Brasília, 2004, p. 16/24, bem como o valioso *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, de Carlos Roberto Siqueira Castro, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2ª ed, 1991.

²³ Sílvio de Salvo Venosa, *Direito civil: responsabilidade civil*, 3ª ed., Atlas, São Paulo, 2003, p. 200/201.

Pode acontecer, ainda, que o dano não tenha se limitado à pessoa da vítima direta, havendo situações em que se configura o *dano em ricochete* (ou reflexo ou indireto), quando, por exemplo, o agente mata determinada pessoa, mas quem sofrerá as conseqüências patrimoniais da ausência do morto é sua família, que deve ser indenizada se ocorrer dano patrimonial (o morto tinha o dever legal ou contratual de prestar alimentos, por exemplo) e quase certamente haverá dano moral.

A prova da ocorrência do dano e de seu *quantum* cabe à vítima, que também deverá comprovar que ocorreu ação ou omissão, que o agente a praticou²⁴, que a ação foi culposa²⁵ e que há relação de causa e efeito entre aquela ação e o prejuízo sofrido.

3.3.2 O dano moral

No que se refere ao problema do dano moral, entendo que se consubstancia como um ato que atinge a dignidade da pessoa humana, ou seja, somente haverá dano moral quando for lesado um dos direitos da personalidade.²⁶

No que se refere a dano, Antônio Junqueira de Azevedo considera necessário distinguir duas categorias: o *dano-evento* e o *dano-prejuízo*.²⁷ A primeira é a lesão a um bem e a segunda a conseqüência dessa lesão.

²⁴ Pode ser que o *agente* que praticou o dano não se identifique com o *responsável* pela sua reparação, como ocorre nos casos da responsabilidade por ação de terceiro (art. 932 do CCB, por exemplo).

²⁵ Dispensa-se a culpa nos casos em que a responsabilidade civil é disciplinada pela Teoria Objetiva.

²⁶ Neste sentido, Paulo Luiz Netto Lobo, *Danos morais e direitos da personalidade*, em Revista trimestral de direito civil, ano 2, vol 6, Rio de Janeiro: Padma/Renovar, abr/jun 2001, p. 96.

²⁷ Antônio Junqueira de Azevedo, *Estudos e pareceres de direito privado*. Ed. Saraiva, São Paulo, 2004, p. 291.

Suponha-se um trabalhador autônomo, vitimado em razão de acidente de trânsito provocado por motorista bêbado, perca sua capacidade laborativa por ter ficado aleijado; teremos o dano-evento como sendo a lesão à sua integridade física (dano imediato) e o dano-prejuízo será a perda de sua força de trabalho (dano mediato).

É também possível que o dano-evento (a lesão) atinja uma coisa material pertencente à vítima, por exemplo, um automóvel seu (bem patrimonial), e o efeito seja no campo moral, o veículo tivesse sido um presente de seu pai já falecido e que a vítima lhe prometera dele nunca se desfazer (valor de afeição).

Por sua vez, o dano-evento pode ser de cinco espécies: dano ao *corpo* (integridade física), à *integridade psíquica* (ao bem-estar e à saúde psíquica), ao *patrimônio*, à *imagem* (“figura social”, como no caso de inclusão indevida do nome da pessoa no SPC e no SERASA) e, por fim, *lesão a um terceiro* e que vem a nos atingir por ricochete, como ocorre no caso da morte de quem nos deve alimento.

Assim, conclui Junqueira de Azevedo que nos dois primeiros casos estaremos diante do que a doutrina denomina de “dano à pessoa” (dano biológico). O dano moral é sempre dano mediato (dano-prejuízo), ou seja, é “*o dano mediato de caráter não patrimonial*”.²⁸

Importante frisar que em nosso entendimento não se exige prova do abalo psicológico sofrido pela vítima, ou seja, ela não precisa produzir elementos – depoimentos, perícia, documentos, fotos etc - que comprovem ter ficado triste ou humilhada, bastando

²⁸ Antônio Junqueira de Azevedo, *Estudos e pareceres de direito privado*. Ed. Saraiva, São Paulo, 2004, p. 292.

fornecer prova da ação, uma vez que o dano moral existe *in re ipsa*, vale dizer, se o lesado demonstrar a ofensa, *ipso facto* estará demonstrado o dano moral que é presumido a partir das regras de experiência comum²⁹.

Para Fábio Ulhôa Coelho, todavia, em posicionamento isolado, a meu ver, opina que é necessário que a vítima comprove ter “sentido dor” com a ação danosa. Assim, no caso da perda de um filho por ato ilícito, o jurista da PUC/SP afirma que

A função dos danos morais é exclusivamente compensar a dor extremada da vítima, quando ela se verifica. Quer dizer, só cabe obrigar o devedor a compensar os danos morais do credor quando este tiver experimentado um sofrimento atroz, de envergadura. Os juízes devem ser muito prudentes ao decidir pelo cabimento da indenização, para que não se deixem enganar pela simulação da dor. Quanto menos doloroso tiver sido o evento danoso para a vítima, mais fácil será fingir o sofrimento.

Arremata Fábio Ulhôa Coelho, em afirmação a nosso ver pouco razoável, que

*Não cabem presunções. Afirmar, por exemplo, que a dor da mãe ou do pai pela perda do filho independe de prova, por ser evidente, é uma ingenuidade imperdoável num magistrado.*³⁰

Discordamos de Coelho, pois nos parece ultrapassada a doutrina que identificava o dano moral com o preço da dor (*pretium dolis*), pois uma criança de 1 ano sofre dano moral quando perde

²⁹ Sérgio Cavalieri Filho, em *Programa de responsabilidade civil*, 5ª ed, Ed. Malheiros, São Paulo, 2004, p. 101.

³⁰ Fábio Ulhôa Coelho, *Curso de direito civil*, vol. 2, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 416/417.

seu pai em virtude de ato ilícito de alguém, embora com essa idade nem consiga perceber o verdadeiro sentido da morte. Da mesma forma, pessoa em coma pode ter seu nome difamado e sua imagem indevidamente utilizada e nunca chegar a ter consciência dessa situação; ainda assim haverá dano moral.

Alguns tribunais, com receio de estimular o florescimento de uma indústria de indenizações acabam por exigir em certos casos a prova do sofrimento acarretado pela ação do agressor, como se isso fosse possível. Trata-se, a meu sentir, de solução nada técnica que só serve para confundir mais ainda os conceitos dos elementos constitutivos do ato antijurídico, como se observa da posição da 3ª turma do STJ no Recurso Especial 622.872, julgado em 14 de junho de 2005:

RECURSO ESPECIAL Nº 622.872 - RS (2004/0002397-7)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE : LÉRIDA RODRIGUES DE FREITAS E OUTRO

ADVOGADO : FABIANE ENGRAZIA BETTIO E OUTRO

RECORRIDO : ALEXANDRE ROTBAND

ADVOGADO : REJANE DE SOUZA M DA SILVA E OUTRO

EMENTA

Direito civil. Recurso especial. Ação de indenização por danos materiais e morais. Uso indevido da imagem. Peculiaridades evidenciadas. Elemento psicológico. Veiculação restrita da imagem.

- Para imputar o dever de compensar danos morais pelo uso indevido da imagem com fins lucrativos é necessário analisar as circunstâncias particulares que envolveram a captação e exposição da imagem.

- O dano moral compensável deve ser qualificado por elemento psicológico que evidencie o sofrimento suportado pela vítima.

- Na hipótese sob julgamento, constatou-se que houve veiculação restrita da imagem que se deu apenas no âmbito profissional das vítimas, as quais foram fotografadas vestidas com trajes correspondentes à profissão que exercem e em local compatível à atividade laboral.

- Recurso especial conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer do recurso especial, mas lhe negar provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Castro Filho e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília (DF), 14 de junho de 2005 (data do julgamento).

MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Presidente e Relatora

Ao afirmar que “*o dano moral compensável dever ser qualificado por elemento psicológico que evidencie o sofrimento suportado pela vítima*” e que “*o dano moral compensável deve ser qualificado por um elemento psicológico que evidencie o sofrimento a que foi submetida a vítima, o sentimento de tristeza, desconforto, vexame, embaraço na convivência social ou a exposição ao ridículo no meio social onde reside ou trabalha*”, como afirmou a ministra relatora me parece que o Tribunal não aplicou corretamente a norma de proteção à imagem da pessoa estabelecida pela Constituição Federal, que a protege independente de ser a imagem usada fielmente ou de forma distorcida. Para a violação basta, a meu ver, o uso não autorizado da imagem.

Porém, é de todo verdadeiro que não é qualquer dissabor do cotidiano, um aborrecimento normal, uma chateação corriqueira e um incômodo previsível e suportável que constituem dano moral; é necessário que a ação provoque lesão à dignidade humana.³¹

³¹ Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 327.

Essa delimitação do que seria dano moral pode auxiliar na tarefa do jurista que é de evitar que se instaure uma indústria de indenização por danos morais³², o que acabaria por fraudar a função social do Direito das Obrigações, evitando o enriquecimento ilícito; a finalidade social do Direito Obrigacional, portanto, exige que o interesse a ser tutelado seja considerado sério e útil pela sociedade³³.

Ainda referentemente ao dano moral, graças a um esforço da doutrina italiana, podemos entendê-lo como um *dano biológico ou fisiológico*, vale dizer, um dano à pessoa que pode ser visto como separado do *dano patrimonial* e do *dano moral*. Assim, um acidente poderá impor a uma pessoa um dano à sua *capacidade de auferir rendimentos*, como ocorre quando o lesado fica hospitalizado e em razão disso perde sua renda (um autônomo, por exemplo) ou quando perde total ou parcialmente sua capacidade de trabalho (perda de uma perna, por exemplo). Trata-se de um dano patrimonial.

Também pode ocorrer que o acidente deixe uma marca indelével no corpo do sujeito (grande cicatriz, por exemplo), o que configuraria o *dano estético*. Claro que aqui tratamos de dano puramente estético, pois se a cicatriz for em modelo profissional isso certamente acarretará redução patrimonial, conforme acima referido. Assim, podemos verificar que existe diferença entre o dano estético e o dano moral, pois neste não é necessário que

³² Manifestando preocupação com essa possibilidade, Sérgio Cavalieri Filho pontua que “*dano moral, à luz da Constituição vigente, nada mais é que violação do direito à dignidade*” (*Programa de responsabilidade civil*, 5ª ed. Ed. Malheiros, São Paulo, 2004, p. 94) para alertar que “*ultrapassadas as fases da irreparabilidade do dano moral e de sua inacumulabilidade com o dano material, corremos, agora, o risco de ingressar na fase da sua industrialização, onde o aborrecimento banal ou a mera sensibilidade são apresentados como dano moral, em busca de indenizações milionárias*”. (idem, p. 87).

³³ Fernando Noronha, *Direito das obrigações*, vol. 1, Ed. Saraiva, São Paulo, 2003, p. 30/32.

restem seqüelas, como na hipótese de cárcere privado sem agressão física, em que há dano moral, mas não há dano estético.³⁴

Contudo, o ato danoso pode ter resultado em perda de um membro (braço, perna) e por isso a vítima ficará para sempre impedida de desfrutar de atividades esportivas que praticava habitualmente. Parece seguro afirmar que aqui não se trata de agressão apenas ao corpo, à pessoa da vítima. Na verdade, a ação delituosa provocou um dano corporal e essa nova condição física da vítima a privou de viver de forma plena como ocorria antes daquela ação.

3.3.3 O elemento punitivo do dano (*punitive damages*)

Parte da doutrina e da jurisprudência brasileiras³⁵ aceitam que o valor da indenização por dano moral possa conter uma fatia como forma de *punição*, com o objetivo de apenar a conduta lesiva praticada, e a título de *desestímulo*, para dissuadi-la de praticar novos atos lesivos.

Suponha-se, assim, que determinada empresa de transportes aéreos, para diminuir custos, não instale equipamentos de segurança obrigatórios em uma das aeronaves ou passe a não realizar as necessárias manutenções nas turbinas de um dos aviões. Pois bem, em razão dessa negligência tem lugar um

³⁴ Neste sentido o entendimento de alguns votos em julgados do Superior Tribunal de Justiça: Agravo Regimental no Agravo 100.877-RJ (96.0009757-7), RESP 51.193-3 - RJ (94.00211139-2), RESP 65.393-RJ (95.221543), todos citados por Maria Alice Costa Hofmeister, in *O dano pessoal na sociedade de risco*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, *passim*.

³⁵ Remetemos o leitor para o atual e completo trabalho de Maria Celina Bodin de Moraes *Punitive Damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas*, In: Revista trimestral de direito civil, vol. 18, abril-junho, Rio de Janeiro: Padma/Renovar, 2004, p. 45-79. Nessa obra a titular de Direito Civil da UERJ faz um profundo apanhado das decisões jurisprudenciais e da doutrina sobre os *punitive damages*.

acidente grave que acarreta lesão à integridade física de passageiros, situação clara de dano moral. As vítimas por força de sentença judicial receberiam uma compensação financeira (“indenização”) de X pela lesão à sua integridade corporal e uma outra de Y para que a empresa fique desestimulada a repetir falhas semelhantes no futuro. Essa quantia Y seria dada a título de *punitive damages*.³⁶

A nosso ver, a tese se confronta com o texto legal (art. 944 do código civil) dado que o direito brasileiro limita as indenizações aos danos sofridos (dano emergente) ou ao que a vítima deixou de ganhar (lucros cessantes), não se podendo falar em indenização por um prejuízo que não ocorreu, ainda que estejamos no campo do dano moral, pois seria uma compensação financeira por algo que não ocorreu; estar-se-ia punindo por um delito que não se pode assegurar que será praticado. Tratar-se-ia da *punição em razão de uma possibilidade* de que um novo dano da mesma natureza venha a ser causado no futuro pelo agressor a pessoas que estejam em posição idêntica à da vítima.

Maria Celina Bodin de Moraes, manifestando posição no mesmo sentido que a nossa, acrescenta que mesmo no direito norte-americano, fértil em indenizações milionárias a título punitivo, consolidou-se o entendimento de que somente deverá ser reprimida a possibilidade de novos atos danosos se o ato que gerou o dano presente tiver sido doloso ou realizado com culpa

³⁶ Evidentemente aqui nos referimos àquelas situações em que o juiz teria deixado claro na sentença que a quantia Y estava sendo aplicada a título de punição para que atos semelhantes não fossem praticados. Não tratamos aqui daquelas hipóteses em que o juiz não explicita o motivo da condenação nessa verba, ou seja, naquelas sentenças em que o valor da indenização é alto, mas o juiz justifica asseverando que se trata apenas de arbitramento de indenização pelo dano moral ocorrido, o que seria uma dissimulação da indenização punitiva.

grave; além disso, no direito americano sempre se leva em conta a capacidade econômica do agressor, sendo as sentenças dirigidas em geral contra grandes corporações empresariais.³⁷

3.3.4. O dano social

Antônio Junqueira de Azevedo, professor titular da Faculdade de Direito da USP, com sua peculiar capacidade intelectual de provocar inquietações e fornecer contribuições para a doutrina civilista nacional, trouxe recentemente a debate tese nova segundo a qual na responsabilidade civil devem ser reconhecidos três tipos de danos: o *dano patrimonial* (que inclui dano emergente e lucros cessantes), o *dano moral* (extrapatrimonial) e, surge agora a novidade, o *dano social*.

As idéias do professor Junqueira de Azevedo permitem interpretar o art. 944 do código civil, que não quedaria desrespeitado, e fundamentar a aplicação das penas punitivas no direito civil no campo da responsabilidade (*punitive damages*), devendo os valores ser entregues à vítima e não a um fundo criado para essa finalidade, como se dá no caso de dano ambiental, por exemplo. Assim, o dispositivo legal não seria violado, vez que teria ocorrido efetivamente um dano, o qual gera a obrigação de indenizar.

Essa nova espécie de prejuízo derivaria da constatação de que quando uma pessoa pratica ato ilícito com culpa grave ou dolo de que resulta lesão a uma pessoa, sofre não só o lesado, mas

³⁷ MORAES, Maria Celina de. *Punitive Damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas*, 2004, passim.

toda a sociedade que passa a viver de forma mais insegura. Existiria, portanto, um novo bem a vida a ser tutelado, que seria a *segurança*, conforme previsto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, bem cujo titular seria a sociedade.

Exemplifica o jurista da USP que “quando uma empresa aérea atrasa sistematicamente seus vôos diminui as expectativas de bem-estar da população, pois é muito diferente um passageiro sair de casa confiante no cumprimento dos horários de seus compromissos do que sair na angústia do imprevisível”; quando uma determinada pessoa e uma grande empresa se juntam para provocar a quebra de contrato que a primeira tem com um terceiro, a sociedade sente-se mais insegura quanto ao cumprimento dos contratos, como ocorreu no caso do cantor Zeca Pagodinho, Schincariol e AMBEV.³⁸

Em exemplo nosso, imagine-se a hipótese em que uma rede internacional de lanches e sanduíches tenha sido multada várias vezes pela vigilância sanitária por não acondicionar devidamente os produtos vendidos aos clientes. Certo dia, em razão dessa omissão, alimentos estragados são vendidos a um cliente, que cai gravemente doente, permanecendo internado em um hospital por várias semanas, deixando de auferir renda que seu trabalho lhe proporcionava. Ora, existe aí a produção de um dano patrimonial, dado que terá as despesas médicas e hospitalares a pagar (dano emergente) e deixou de lucrar por ter ficado sem condições de exercer sua profissão (lucros cessantes); produziu-se também um dano moral, dado que a lesão à sua saúde e a suspensão de suas atividades rotineiras (convívio com a família,

³⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. In: Revista trimestral de direito civil, vol 19, jul-set, Rio de Janeiro: Padma/Renovar, 2004, p. 215.

prática de esportes, laser, descanso prazeroso) não são, nesta hipótese, meros aborrecimentos da vida cotidiana.

Todavia, nada obstante o ato ter sido praticado por culpa grave, a empresa não poderia, em face do art. 944 do código civil, ser condenada ao pagamento de uma quantia como forma de punição ou uma a título de desestímulo; deveras, não haveria como justificar esse acréscimo uma vez que todo o dano já teria sido coberto pelas indenizações relacionadas ao dano patrimonial e ao moral. Pois bem, para Junqueira de Azevedo, a empresa que na nossa hipótese se comportou daquela maneira negligente teria provocado a redução no nível de vida de toda a sociedade, praticando ação omissiva que lesou ao grupo social e não apenas ao cliente hospitalizado. Seria, assim, razoável e legal (art. 186, que fale em *dano*) que fosse condenada a pagar uma pena pelo fato praticado (punição) e uma quantia a mais para procurar evitar que nossos atos dessa laia sejam praticados no futuro, medida que teria inclusive um efeito pedagógico sobre as demais empresas.

O dano social estaria previsto no art. 186 e art. 944 do código civil e seria uma lesão ao nível de vida e de segurança da sociedade, motivo pelo qual agente agressor deveria ser obrigado a pagar uma quantia pecuniária a título de *punição* pelo prejuízo que causou à vítima e uma quantia em dinheiro para que fica *desestimulado* a cometer novos atos assemelhados no futuro (indenização como elemento de dissuasão). Esse dano somente ocorreria quando o ato lesivo fosse praticado com dolo ou culpa grave.

Neste sentido, quando fosse formulada a petição inicial, deveria o autor vitimado requerer indenização pelos três danos, devendo a sentença conter explicitamente o entendimento do juiz acerca de cada um deles, evitando que a indenização como punição ou desestímulo ficasse escondida sob o manto da indenização por dano moral.

3.4. A relação de causa e efeito entre ação e dano

É necessário que exista nexo de causalidade entre o dano e a ação do agente; de fato, é necessário que o ato tenha sido a causa do prejuízo, o que nem sempre é fácil de constatar em situações complexas nas quais existem fatos que parecem ter - todos eles - concorrido sucessiva ou simultaneamente para a ocorrência do dano (as concausas).

É preciso distinguir o que foi *causa* do que foi mera *condição* do evento danoso³⁹. Causa seria aquele elemento que, se nos fosse possível suprimi-lo mentalmente, o evento danoso não teria se concretizado.

São três as teorias do nexo de causalidade: *conditio sine qua non* (equivalência das condições), *causalidade adequada*, e a do *dano direto e imediato*, tendo sido esta a adotada pelo direito civil conforme art. 403 do CCB, dispositivo que se situa no capítulo da responsabilidade contratual, mas se aplica também à responsabilidade aquiliana. Dessa maneira, causa seria aquela ação que atua imediatamente (sem intervalo de tempo) e diretamente (sem intermediário).

Mesmo na Responsabilidade Civil Objetiva, aquela que prescinde do elemento culpa, a teoria adotada é a do *dano direto e imediato*, pois embora seja baseada na Teoria do Risco, José Carlos Moreira Alves ensina que ela

Não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros. - Em nosso sistema jurídico, como

³⁹ Para uma análise profunda da problemática do nexo de causalidade, ver Gustavo Tepedino, *Notas sobre o nexo de causalidade*, em Revista trimestral de direito civil, ano 2, vol 6, Ed. Padma/Renovar, abr/jun 2001, p.3/20; Fernando Noronha, O nexo de causalidade na

resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade e a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito a impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também a responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, ate por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada.⁴⁰

É essencial advertir, todavia, que a vida ética, das relações humanas, é bem mais sofisticada do que essa simples exposição que agora faço, de maneira que muitas vezes o legislador, em geral ao disciplinar a responsabilidade civil nas *atividades perigosas*, atenua o rigor do nexo de causalidade. Neste momento, faz-se opção pela adoção de outra teoria ou de um misto delas, como se dá no caso de dano ambiental e de dano nuclear ou mesmo nos transportes.

Por seu turno, em casos de atividades que geram extremo perigo e que têm grande potencial de gerar danos, o legislador prefere valer-se da técnica da *securitização*, estabelecendo um seguro obrigatório, como ocorre no acidente de trabalho, no transportes de cargas e passageiros e no seguro de veículos automotores para cobrir danos pessoais. Em alguns destes casos, indeniza-se ainda que a conduta culposa da vítima tenha sido causa do dano.

responsabilidade civil, em Revista trimestral de direito civil, ano 4, vol 4, Ed. Padma/Renovar, abr/jun 2003, p.53/78; Marcelo Abelha Rodrigues, em *Instituições de direito ambiental*, vol. 1, Ed. Max Limonad, São Paulo, 2002, p. 220/242.

⁴⁰ Ministro José Carlos Moreira Alves, relatando o Recurso Extraordinário 130.764/PR, julgado em 12/05/1992 e publicado no DJU de 07/08/92, p. 11.782.

Ainda no tocante à causalidade, devemos salientar que muitas vezes surgem fatores que descaracterizam o nexo entre o ato do agente e o dano, surgindo causas autônomas e suficientes do prejuízo. Parte da doutrina denomina essas situações de interrupção ou rompimento do nexo causal, mas na verdade o que ocorre é que não há nexo, ou seja, não acontece rompimento ou interrupção pelo simples motivo de que a relação de causa e efeito não chegou a se concretizar.

3.4.1. Excludentes de causalidade

A primeira das chamadas excludentes de causalidade⁴¹ é a *conduta exclusiva da vítima*. É a hipótese da pessoa que, embriagada, se atira na frente de um veículo que vinha sendo conduzido de acordo com as normas de trânsito. Neste exemplo, a vítima causa dano a si mesma, não sendo possível atribuir responsabilidade ao suposto agente, mas deve ser perquirido se ela não estava coberta por algum tipo de seguro, que pode vir a ampará-la⁴².

A segunda é a *conduta exclusiva de terceiro*, ou seja, o prejuízo que vitimou A não decorreu do ato de B, mas sim de uma ação de C. Cabe frisar, todavia, que em certas relações a lei não acata essa excludente, como se verifica no caso do transporte de pessoas, em que a conduta culposa de terceiro que causa o acidente e o dano ao transportado não isenta de responsabilidade o transportador (art. 735 do CCB).

⁴¹ Melhor dizendo, dessas “não constituintes de nexo”.

⁴² Neste caso, a Lei nº 6.194/74 com a redação da Lei nº 8.441/92, garante a vítima que sofreu danos pessoais uma indenização de até 40 salários-mínimos, sendo que “o pagamento da indenização será efetuado mediante simples prova do acidente e do dano decorrente, independentemente da existência de culpa, haja ou não resseguro, abolida qualquer franquia de responsabilidade do segurado” (art. 5º). Essa indenização não depende de comprovação do pagamento do prêmio (seguro), conforme art. 7º.

Todavia, é necessário que ato de terceiro tenha relação com o transporte que era proporcionado à vítima, como, por exemplo, A lançar seu carro sobre o ônibus em que a empresa B transportava C, causando danos a este último. Verifica-se que embora a ação direta e imediata tenha sido de A, a empresa B responde porque o ato guardava relação com o contrato de transporte, sendo algo até corriqueiro no trânsito, infelizmente.

Diferente, entretanto, é a hipótese em que A arremessa de fora do ônibus uma pedra, que vem a atingir um passageiro. A hipótese é de *caso fortuito externo*, conforme se analisa abaixo. Neste caso, a empresa transportadora não responde pelo dano sofrido porque a causa foi um fato de terceiro não relacionado (estranho) ao contrato de transporte⁴³.

No entanto, a empresa somente fica isenta de indenizar se não tiver contribuído para o dano, vale dizer, o ato do terceiro estranho ao contrato teria que ser a causa autônoma e suficiente do evento danoso.⁴⁴

No que tange à *força maior/caso fortuito*, parece relevante esclarecer que em certas atividades somente o *fortuito externo* (que alguns denominam força maior extrínseca) isenta de responsabilidade, ou seja, aquele elemento totalmente estranho à atividade do agente, que, por outro lado, deve responder se o *fortuito for interno* (força maior intrínseca).

Com isso, mesmo na relação de consumo a força maior extrínseca é excludente de responsabilidade do fornecedor, pois a despeito de não existir referência a esse fato jurídico no art.

⁴³ Neste sentido, Recurso Especial 154.311-SP, Rel. Ari Pargendler, julgado em 10/04/2001, publicado no DJU de 28/05/2001.

⁴⁴ Sergio Cavalieri Filho menciona jurisprudência neste sentido na obra já citada, p. 306.

12 do CDC, aplica-se na sua ausência o art. 1.058 do Código Civil⁴⁵.

Deveras, parece ser essa a melhor interpretação em face da clareza da norma de consumo, pois o inciso II do art. 12 acima explicita que não haverá responsabilidade do fornecedor/fabricante se o defeito não existia (no produto), o que significa dizer que não há dever de reparar se o dano foi causado por outro fator, por um elemento estranho ao produto, e não por um defeito dele. Esse dispositivo se harmoniza com o *caput* do artigo que prescreve que a responsabilidade somente existe pela reparação de *danos causados* aos consumidores por *defeitos* decorrentes de projeto, fabricação, construção etc.

3.4.2. A tutela externa do crédito

O princípio da função social do contrato que passou a ser positivado no sistema com o art. 421 do novo código civil tem, dentre as suas várias possibilidades, o condão de tornar oponíveis os contratos, ou seja, dada a importância da função para a coletividade que os contratos desempenham, os terceiros – as pessoas que dele não participam – não podem ser comportar como se ele não existisse⁴⁶.

Dessa maneira, embora os contratos não possam obrigar terceiros a cumprir as cláusulas neles estipuladas pelas partes, pois em decorrência do princípio da relatividade dos efeitos da convenção elas só obrigam os contratantes, é certo que o contrato possui a característica da oponibilidade, no sentido de que

⁴⁵ Sérgio Cavalieri Filho, *op. cit.*, p. 85. Do mesmo modo, Gustavo Tepedino, *Temas de direito civil*, 1ª ed, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1999, p. 241/242.

⁴⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado*. São Paulo: RT 750, 1998, p. 116.

os terceiros não podem instigar uma das partes a se tornar inadimplente, tampouco praticar atos que impeçam o cumprimento do que elas prometeram uma à outra. Caso o façam, tornam-se cúmplices do inadimplemento, sendo sujeitas a indenizar o prejuízo da parte lesada pelo descumprimento do contrato.⁴⁷

Hipótese assemelhada se dá quando um terceiro dolosamente impede o cumprimento do contrato com atos que fazem desaparecer a possibilidade de seu adimplemento, o que ocorreria se determinada pessoa ateasse fogo a um teatro, impedindo que um espetáculo contratado ali se realizasse. Esse ato prejudicaria o promotor do evento, que deixaria de lucrar, e deverá ser por isso indenizado pelo criminoso.

Trata-se da hipótese que Orlando Gomes denominou de *tutela externa do crédito*, ou seja, embora o contrato entre artista e promotor do show gerasse crédito e, portanto, um direito oponível apenas internamente (vale dizer, somente entre as partes: para o artista a obrigação de realizar o espetáculo e para o promotor a obrigação de lhe pagar o cachê), poderia ser oposto ao agente delituoso, ou seja, ter um efeito *externo* ao contrato, com base na responsabilidade civil aquiliana e não contratual, obviamente, impondo a ele a obrigação de indenizar os prejuízos do promotor do evento frustrado.⁴⁸

4. A ilicitude

Por fim, a ilicitude desponta como último pressuposto da Responsabilidade Civil e traz em si um problema: se a ilicitude

⁴⁷ AZEVEDO, 1998, p. 117.

⁴⁸ GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: *Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 300.

significa contrariedade a um dever jurídico, parece não se diferenciar do elemento *culpa*, visto que esta contém um elemento objetivo, como acima explicamos, que consiste justamente na não observância de um dever, ou seja, contrariedade a uma norma de conduta (elemento objetivo) que o agente deveria conhecer e observar (elemento subjetivo). Culpa e ilicitude, portanto, seriam sinônimos.

Esse tema merece uma reflexão maior; assim, vejamos: o ato lícito é aquele praticado em harmonia com o Direito ao passo em que o ato ilícito agride o ordenamento jurídico.

Adotando essa linha de raciocínio e à luz do que prescreve o art. 186 do Código Civil, então, o ato ilícito exige a presença de culpa em sentido amplo (culpa ou dolo), conclusão que nos levaria a entender que na Responsabilidade Civil Objetiva, que prescinde do fator *culpa*, a indenização deverá ser paga em razão de um ato lícito. Haveria, de acordo com essa linha de entendimento, responsabilidade civil por atividade lícita.

Com efeito, nos casos previstos no art. 188 do Código Civil brasileiro, o ato é lícito, uma vez que a *legítima defesa* e o *estado de necessidade* – ali presentes, ao qual poderia ser acrescido o *consentimento do ofendido*, que também exclui a obrigação de indenizar, segundo autorizada doutrina, a despeito de não haver previsão legal expressa⁴⁹ – são *excludentes de ilicitude*, ou seja, tornam o ato lícito, embora ainda assim o agente é obrigado a indenizar dano causado, conforme estabelece o art. 929 e 930 do mesmo diploma codificado.

⁴⁹ Francisco Amaral, *Direito civil: introdução*, 5ª ed, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2004, p. 551.

Trata-se de indenização por ato lícito da mesma forma que a prevista no parágrafo único do art. 927⁵⁰?

Outra indagação: se o exercício regular de um direito não é ato ilícito, uma pessoa que efetua cobrança bem sucedida de um crédito diminui o patrimônio do devedor, mas não o faz ilicitamente, é óbvio. Porém, se o Estado, na pessoa de agente policial, dispara contra criminoso que tenta se evadir, causando-lhe lesão, deve responder?

Ora, não há dúvidas de que o ato não é ilícito, contudo se identificarmos ilicitude com culpa, o Estado teria que indenizar, pois na Teoria Objetiva se indeniza mesmo sem culpa. Vale dizer, o Estado não poderia se livrar da responsabilidade sob a alegação de que não agiu ilicitamente (culposamente) porque a atividade estatal se submete à doutrina do risco (independente de culpa). Essa conclusão é absurda e por isso a resposta deve estar em outro lugar.

A solução dependerá do que entendermos por *ilicitude*. Cavalieri Filho desenvolve interessante tese segundo a qual esse fenômeno deveria ser compreendido em duas vertentes: a *ilicitude em sentido estrito*, que se fundamentaria na culpa; e a *ilicitude em sentido largo*, sinônimo de antijuridicidade, vale dizer, de conduta reprimida pelo Direito porque enseja um dano injusto.

Segundo o ilustre jurista do Tribunal de Justiça carioca, na Teoria Objetiva os atos geradores de danos seriam ilícitos em

⁵⁰ Para Orlando Gomes, “a ação contrária ao Direito pode ser praticada sem que o agente saiba que está a proceder ilicitamente. O ato que pratica não é, nesse caso, ato ilícito, apesar de ser antijurídico (...). Desse modo, é a antijuridicidade subjetiva que constitui ato ilícito”. (Introdução ao direito civil, 9ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 487/488). Assim, a responsabilidade civil subjetiva se ligaria sempre a um ato ilícito e este, por sua vez, sempre à noção de culpa.

sentido amplo, pois foram fontes de um *prejuízo injusto*, sendo ilícitos em sentido largo (antijurídicos). Por consequência, a ação praticada em legítima defesa - e em estado de necessidade⁵¹ - não poderia ser classificada de ilícita em sentido estrito porque o art. 188 do Código Civil é muito claro no sentido de considerá-la lícita; entretanto, o ato se caracterizaria como ilícito *lato sensu*, pois gerou um dano injusto e infringiu a regra *não lesar a ninguém* - princípio elementar do Direito Romano, cada vez mais válido, ao lado de *viver honestamente e dar a cada um o que é seu* - sendo este o motivo pelo qual se impõe ao agente a obrigação de indenizar. A mesma conclusão pode ser estendida aos casos do parágrafo único do art. 927 do Código Civil.

Em resumo: a legítima defesa e o estado de necessidade que geram dano a terceiros são ações provocadoras de danos injustos e por isso ensejam indenização. O legislador, diante da vítima e do agente bom samaritano, optou por determinar que o dano deve ser suportado pelo último.

Alvino Lima, em clássica obra, considera que neste caso - art. 188 do Código Civil - se verifica apenas um dano que a lei manda ressarcir por quem “praticou um ato digno de louvores, sendo tal obrigação de reparar o prejuízo um efeito que resulta exclusivamente do fato danoso”, apontando aquele autor que “*para Pontes de Miranda o que existe é uma ilicitude do ato*”.⁵²

Para Fernando Noronha, a solução seria primeiramente compreender que atos jurídicos em sentido amplo são *todos os acontecimentos que têm na sua base uma conduta*

⁵¹ E também o consentimento da vítima, desde que o direito lesado seja disponível.

⁵² Alvino Lima, *Culpa e risco*, 2ª ed, Ed. RT, São Paulo, 1998, p. 306.

*humana considerada como exteriorização de uma vontade, de maneira que em todos os atos jurídicos a vontade é juridicamente relevante para a produção de efeitos*⁵³.

Assim, os atos ilícitos, como ações humanas que são, também seriam atos jurídicos.

Por sua vez, a ilicitude se dividiria em duas espécies: a *ilicitude objetiva* ou *ampla*, segundo a qual *o ato ilícito seria qualquer ação humana que não seja conforme o direito*, sendo quase sinônimo de ato antijurídico; e a *ilicitude subjetiva* ou *restrita*, na qual deverá estar sempre presente a culpa do agente, ou seja, importa perquirir se o ato praticado era subjetivamente reprovável, se o agente *poderia e deveria ter agido de outra forma*. Nestes termos, antijuridicidade é a contrariedade à norma, a violação do direito de outrem, ao passo em que a culpabilidade é a possibilidade de imputação ao agente do ato praticado.

A solução de Noronha permite explicar com mais clareza a questão da responsabilidade do absolutamente incapaz, dado que, se nos ativésemos apenas à acepção subjetiva da ilicitude, não haveria indenização para a vítima por dano por ele causado vez que o agente não era imputável. Mas, como se sabe, os pais respondem pelos atos dos filhos incapazes (art. 932, I) como *devedores principais* e o próprio incapaz responde *subsidiariamente* com seu patrimônio se os bens daqueles não forem suficientes para quitar o débito (art. 928). Como justificar esse dever de indenizar já que não haveria como se falar em culpa já que o agente não era imputável? Para Noronha, a

⁵³ Fernando Noronha, *Direito das obrigações*, vol. 1, Ed. Saraiva, São Paulo, 2003, p. 360/361.

responsabilidade ocorre porque a hipótese é de ilicitude objetiva, não importando, por isso, as características pessoais do agente⁵⁴.

A resposta, a meu ver, estaria na inversão do ponto de vista. Com efeito, o jurista tenta transformar o caos em cosmos (ordem), preocupando-se em dar coerência ao ordenamento jurídico, tentando a todos convencer que as normas estão – ou deveriam estar – organicamente dispostas, organizadas coerentemente, elaborando esquemas, formulando conceitos abstratos com resultados previamente definidos, criando categorias racionais e argumentos lógicos, buscando conceder às normas a qualidade de elementos científicos, muitas vezes combinando as leis e chegando a resultados como um químico faria com as substâncias da natureza. É a tentativa suprema de evitar o perecimento da razão instrumental, nossa herança iluminista, hoje em grave crise.

Ora, me parece que, o problema da definição da licitude ou ilicitude deve ser visto não a partir de um conceito anterior ao ato e que o submete a uma consequência, que seria o seu enquadramento em uma categoria previamente elaborada, mas sim do que determinou o legislador. Ou seja, os atos humanos não são juridicamente reprováveis porque são injustos ou ilícitos ou antijurídicos, e sim porque o legislador os considerou condenáveis, sendo irrelevante os motivos do legislador, pois o que importa é o comando da norma⁵⁵.

Segue-se então que, condenado pela lei, o ato passa a ser antijurídico. Evidentemente não estou a defender que apenas a

⁵⁴ Interessante hipótese de incapaz como devedor principal é a prevista no art. 116 da Lei nº 8.069/90 (ECA), quando estipula que o menor deverá ressarcir os danos causados por ato infracional.

⁵⁵ Obviamente, como frisei anteriormente, a norma deve ser proporcional e razoável, o que, em muitas ocasiões, exige a análise de seus motivos, funções e objetivos.

lei cria o direito, o que configuraria uma atitude positivista pouco defensável atualmente⁵⁶, mas apenas que somente a norma pode atribuir a alguém a obrigação de indenizar haja vista a natureza de pena que esse dever possui.

Cabe destacar que muitas vezes a lei não estabelece uma lista dos atos condenáveis, preferindo valer-se da técnica legislativa da *cláusula geral*⁵⁷, como se passa no art. 186 e parágrafo único do art. 927 do Código Civil.

Entretanto, essa situação não invalida nossa conclusão, pois o legislador estabelece parâmetros para que um ato seja condenado, como é o caso desse último dispositivo, vale dizer, o legislador considera condenável o ato que seja por sua natureza perigoso e que venha a causar dano. Ou seja, este ato é anti-jurídico porque produz um prejuízo que o legislador considera que afronta o direito da vítima de não ser lesado, neste caso.

Pois bem, nesta linha de raciocínio, se a lei determina que certo agente deve indenizar uma vítima, ainda que o seu (dele) ato não tenha sido culposo, estaremos diante, obviamente, da aplicação da Teoria Objetiva e, no que tange à juridicidade do ato, entendemos que ele deverá ser classificado como antijurídico porque a lei considera que ele trouxe ao lesado um dano injusto.

Assim, parece razoável concluir que, independentemente da presença de culpa do agente, o ato que causa um dano que a lei determinada dever ser indenizado – o que, por sua, vez, significa

⁵⁶ Na verdade, prefiro pensar que a lei – e a própria Constituição – só se legitima quando se mostra harmonizada com as instituições sociais, especialmente quando procura disciplinar as relações intersubjetivas privadas. Contudo, o presente artigo não comporta esta discussão.

⁵⁷ Ver nota abaixo.

que o legislador decretou que o dano foi injusto aos olhos da norma - se enquadra no conceito de contrário ao direito, ou, em outros termos, é *antijurídico*.

Mas, o que dizer do ato do agente policial que baleou o preso que tentava fugir? E do credor que provocou com a cobrança a redução do patrimônio do devedor? Haveria atos culposos ou pelo menos antijurídicos?

Entendemos que não, pois, em primeiro lugar, o ato não é culposo porque o agente não descumpriu dever que deveria conhecer e observar; não agiu violando dever legal, visto que o próprio código estipula que esse ato não é ilícito. Culpa não há. Mas, seria objetivamente ilícito (antijurídico)? Tampouco, porque diferentemente do estado de necessidade e da legítima defesa, o código civil não atribuiu ao agente a responsabilidade pela indenização do dano causado, o que revela que à vista do texto legal o dano causado não é injusto e sendo assim não é antijurídico.

Nossa conclusão é no sentido de que teríamos como gênero a antijuridicidade e como espécies o *ato ilícito*, que tem como elemento essencial a culpa, e o *ato lícito gerador de dano injusto*, entendido este último termo como aquele dano que o legislador entendeu dever ser reparado, pouco importando os motivos do parlamento, mas sim o comando da norma nele produzida.

4.1. Culpa e ilicitude na teoria dos fatores de atribuição

Uma última referência a esse tema da culpa e da ilicitude deve ser feita, com o intuito de divulgar tese pouco debatida no Brasil, oriunda da Argentina. Refiro-me à discussão, bem lembrada

por André Fontes⁵⁸, relacionada a adequação de se superar o termo *Responsabilidade Civil* substituindo-o por *Responsabilidade por Danos*, tendo em vista que o primeiro, em face das condições históricas e lógicas nas quais foi consolidado, acaba por suscitar sempre a idéia de culpa do agente, que nem sempre está em jogo, conforme explicitamos acima. Surge, neste contexto, o *fator de atribuição*.

André Fontes começa lembrando que as funções da Responsabilidade Civil na sociedade contemporânea são (1) **a afirmação do poder estatal**; (2) **a sanção**; (3) **a prevenção**; (4) **o ressarcimento**.

Para atender a esses objetivos, o legislador se vale de certos elementos que Fontes denomina *fatores de atribuição*, vale dizer, “o fundamento da obrigação indenizatória que atribui juridicamente o dano a quem deve indenizá-lo” e se ocorre um dano injusto o “fator de atribuição nos dará a última resposta acerca de quem e porque o deve suportar” ou, em outras palavras, “ao se falar em fator de atribuição se faz menção ao fundamento de que a lei toma em consideração para se atribuir juridicamente a obrigação de indenizar um dano, fazendo recair seu peso sobre quem em justiça corresponde”.⁵⁹

Por sua vez, ainda de acordo com Fontes, poder-se-ia classificar os fatores em *subjetivos*, que seriam a culpa e o dolo, que são subjetivos porque se leva em consideração uma análise valorativa da conduta do causador do prejuízo, no sentido de ser a conduta certa ou errada a partir de um padrão que a sociedade dignifica; e em *objetivos*, esses decorrentes da lei e

⁵⁸ André Fontes, *Os fatores de atribuição na responsabilidade por danos*, Revista brasileira de direito comparado, n. 16, Instituto de Direito Comparado Luso Brasileiro, Rio de Janeiro, 1999, p. 177/178.

⁵⁹ André Fontes, 1999, p. 182.

conceituados como uma gama de critérios legais para imputar a determinada pessoa a obrigação de reparar um dano; eles “justificam a imposição de dano a determinado agente”.⁶⁰

Dos fatores subjetivos o mais destacado é o *risco criado*, embora existam outros: solidariedade, seguridade social, eqüidade, garantia e tutela especial do crédito, igualdade dos ônus públicos, seguro, critérios econômicos. Esses fatores não integram um rol exaustivo, uma lista finita, mas sim um “catálogo aberto e dinâmico que se amplia por toda obra legislativa ou mesmo jurisprudencial ou doutrinária”.⁶¹

A tese é de relevo, pois permite explicar algumas situações peculiares como a responsabilidade do Estado. É que a explicação mais corrente na doutrina de direito administrativo acaba por nos levar a concluir que a responsabilidade por dano causado em razão da atividade estatal independe de culpa porque se adotou a teoria do risco criado.

Ocorre que existem atividades públicas que não geram nenhum risco especial, como a limpeza de ruas, a prestação de serviços educacionais, o fornecimento de alimentos em restaurantes populares, espetáculos de fim de ano promovidos pelas prefeituras. Diante dessa realidade, não faria sentido falar em teoria do risco criado, sendo mais adequado entender que o fator de atribuição objetivo é a solidariedade ou a igualdade dos ônus públicos.

Na mesma linha, seria inapropriado afirmar que a Teoria Objetiva no acidente de trabalho decorre do risco criado; afinal, nem todo trabalho é de risco especial e, melhor argumento, o

⁶⁰ André Fontes, 1999, p. 185.

⁶¹ André Fontes, 1999, p. 185.

órgão gestor da Previdência Social (INSS) não executa no caso nenhuma atividade arriscada; fica evidente que o fator de atribuição, que é objetivo, é a seguridade social, vale dizer, o que justifica a imputação de responsabilidade ao INSS é uma política de proteção ao trabalhador.

5. A cláusula geral da responsabilidade objetiva

Na sistemática da legislação civil anterior ao código de 2002, imperava a responsabilidade subjetiva baseada na culpa (antigo art. 159), sendo esta a regra geral, que vinha acompanhada de várias exceções nas quais se aplicava a responsabilidade objetiva. Essas exceções vinham todas listadas no próprio código ou em leis esparsas, mas sempre bem explicitadas pelo legislador.

Atualmente, os casos previstos no parágrafo único do art. 927 do Código Civil nos permitem concluir que a responsabilidade civil objetiva está baseada no fator de atribuição *risco criado*, que, dos elementos anteriormente citados, dispensa (ou torna irrelevante) a presença da culpa, porém mantém a necessidade dos outros elementos.

A novidade é que esse parágrafo estipula que a teoria objetiva se aplica em duas situações:

- (1) quando uma lei específica o determinar (por exemplo, na relação de consumo, no caso de dano ambiental ou nuclear, na atividade do Estado ou dos concessionários de serviços públicos, na atividade de engenharia genética etc), o que não constitui novidade, e
- (2) quando a atividade desenvolvida, por sua natureza, colocar em risco os membros da sociedade em que se desenvolve.

Logo se constata que esta última hipótese é uma cláusula geral⁶², ou seja, o legislador não elaborou uma lista de casos em que deve ser aplicada a responsabilidade objetiva, preferindo deixar que o intérprete decida quando isso deverá ocorrer, à luz de apenas alguns parâmetros impostos pela lei, quais sejam:

(1) o dano deve ter decorrido de uma atividade, entendida esta em um sentido técnico;

(2) essa deverá como elemento fundamental o potencial de por em risco direitos de outrem.

A doutrina civil até agora produzida defende o argumento de que a palavra “atividade” referida no dispositivo se limita a uma conduta reiterada habitualmente exercida na modalidade *prestação de serviços*⁶³ e não uma mera atuação cotidiana do indivíduo comum que, por exemplo, dirige um automóvel de casa para o trabalho. Assim, embora conduzir veículo seja atividade arriscada, conclusão a que se chega empiricamente, não se enquadraria naquele conceito técnico.

Na verdade, o sentido da expressão merecerá análise aprofundada por parte de nossos tribunais e da doutrina, evitando abusos do Judiciário, pois em uma sociedade em que todos indenizam tudo, ninguém recebe indenização nenhuma.

6. A responsabilidade civil objetiva e as pessoas jurídicas privadas prestadoras de serviços públicos

Quanto à responsabilidade das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos (em geral as chamadas

⁶² Segundo as palavras de Karl Engisch, “*havemos de entender por cláusula geral uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos*” (em *Introdução ao pensamento jurídico*, 6ª ed, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian 1988, p. 229).

⁶³ Sérgio Cavalieri Filho, 2004, p. 172.

concessionárias ou *permissionárias*), a matéria vem disposta no §6º do art. 37 da Constituição Federal, dispositivo que estabelece que elas “responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Parece ser incontestável que a norma constitucional prevê que a responsabilidade nestes casos se pauta pela Teoria Objetiva, independentemente de culpa; de fato, se assim não fosse, não teria sentido a parte final do texto quando estabelece que o direito de regresso só se perfaz nas hipóteses em que o dano tenha sido provocado por dolo ou culpa. Ou seja, a concessionária de serviço público deverá indenizar a vítima e, se o dano tiver sido decorrente de ato culposo de agente seu (empregado ou diretor, por exemplo) poderá reembolsar-se graças ao direito de regresso assegurado pela Constituição.

Mas, a pergunta que surge é a seguinte: quem seria a vítima nestes casos que se socorreria da responsabilidade objetiva para recomposição de seu patrimônio lesado pelo agente da empresa? Vale dizer, a vítima seria um usuário do serviço prestado ou também um não-usuário?

A 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria, ao analisar recentemente a matéria (decisão de 16/11/2004), decidiu no Recurso Extraordinário 262.651/SP, em voto do Ministro Carlos Velloso⁶⁴:

A ratio do dispositivo constitucional que estamos interpretando parece-me mesmo esta: porque o “usuário é detentor do direito subjetivo de receber um serviço público ideal”, não se deve exigir que, tendo sofrido dano em razão do serviço, tivesse de provar a culpa do prestador desse serviço. *Fora daí, vale dizer, estender a*

⁶⁴ Publicado no Informativo 270 do STF.

não-usuários do serviço público prestado pela concessionária ou permissionária a responsabilidade objetiva - CF, art. 37, § 6º - seria ir além da ratio legis. Do exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, restabelecida, destarte, a conclusão da sentença de 1º grau. É o voto.

Assim, de acordo com esse julgado, a teoria objetiva se aplicaria somente quando a vítima for um usuário do serviço público prestado pela pessoa jurídica de direito privado.

A decisão não parece a melhor⁶⁵, mormente se considerarmos que foram vencidos os Ministros Joaquim Barbosa e Celso de Mello que negavam provimento por entenderem que a responsabilidade objetiva incide ainda que o fato lesivo tenha atingido terceiro não-usuário.

Isso porque ainda que a Constituição Federal não tivesse optado pela Teoria Objetiva, a matéria mereceria a mesma regulamentação, pois o serviço público prestado neste caso se classificaria como objeto de consumo, a ele se aplicando o Código de Defesa do Consumidor, diploma que determina a aplicação da responsabilidade civil independentemente de culpa (art. 22 do CDC). Assim, no caso de lesão a usuário do serviço não há dúvidas de que a responsabilidade é objetiva.

No entanto, no que tange a dano causado a não-usuário o voto condutor não deveria ter prevalecido por um simples razão: quando a Constituição falou em “danos que causarem a terceiros”, este “terceiro” não pode o usuário, pois ele não é terceiro, dado que faz parte da relação jurídica contratual (ele seria, para efeitos de simplificação da idéia, um “segundo” e o prestador seria o “primeiro”). Ou seja, o contratante (o usuário) não é nunca um terceiro.

⁶⁵ Nos casos em que discordamos de decisões do Supremo Tribunal, preferimos essa conclusão àquela outra, mais comum na doutrina, que rotula as decisões dessa Corte como “corretas” ou “incorretas” ou “certas” e “erradas”. Nossa opção se justifica por três motivos: não parece

Nesta toada, para dar sentido ao dispositivo constitucional devemos entender que a teoria objetiva se aplica aos que não são usuários dos serviços públicos.

Com efeito, esta se sobressai como a melhor conclusão uma vez que se harmoniza com o Código de Defesa do Consumidor que favorece os *by standers* vitimados pelo acidente de consumo (art. 17 do CDC).

7. Conclusões

A despeito da evolução que sofreu o direito das obrigações, mantém-se cada vez mais válida a máxima romana que pugna pelo comando de *neminem laedere*, estando presente na sociedade um sentimento de apreço pela vítima que faz com que os tribunais acabem, se necessário, por dar à norma a interpretação que seja bastante para garantir que o prejudicado receba alguma indenização.

A ótica, assim, é a do lesado e não a do ato do agressor; antes de se punir atos contrários a um bom comportamento (ilícitos), tenta-se hoje garantir indenização à vítima; passamos da era da *culpa* para a da *responsabilização*, na qual nem sempre o responsável é o culpado pelo dano.

Contudo, esse clima jurídico não pode prescindir de um nível razoável de segurança, razão pela qual ainda permanecem válidos os elementos essenciais do ato antijurídico, embora sejam interpretados de maneira diversa daquelas realizadas em outros momentos históricos.

Vitória (ES), julho de 2005.

adequado aplicar os conceitos de "certo e errado" no campo jurídico dado que o pertinente, como já provado pela Teoria do Direito, seria falar em "válido e inválido"; quem diz que o Supremo está errado só pode fazê-lo se, evidentemente, estabelecer como padrão de comparação (modelo do que seja "certo") um elemento que esteja fora do Supremo, o que é uma operação *a priori*, obviamente, sempre arbitrária; por fim, como já bem conhecido no meio jurídico, "é melhor errar com o Supremo do que acertar sem ele".